

Das Problem mit den Gefälligkeitsattesten

Lukas Mitsch

2021-01-14T13:06:03

Rechtspolitisch ist die Lage rund um die Maskenpflicht und die Möglichkeit, sich von ihr befreien zu lassen in mehrfacher Hinsicht problematisch.

Problematisch einerseits, weil (wohl nicht ganz zu Unrecht) der Eindruck besteht, dass es für Menschen, die nicht aus gesundheitlichen, sondern aus politischen Gründen das Tragen der Maske ablehnen, ohne größere Umstände möglich ist, sich per Attest von der Maskenpflicht befreien zu lassen. Problematisch andererseits, weil dieser Anschein dazu führt, dass diejenigen, die tatsächlich aus gesundheitlichen Gründen nicht dazu in der Lage sind, eine Maske zu tragen, unter den Verdacht der Coronaleugnung gestellt werden.

In diese Problemlage greift der [Beschluss des 11. Senats des OVG Berlin-Brandenburg vom 04.01.2021 \(11 S 132/20\)](#). Der Senat setzte eine erst kurz zuvor in Kraft getretene Regelung der brandenburgischen Coronaverordnung, mit der Gefälligkeitsattesten vorgebeugt werden sollte, aufgrund datenschutzrechtlicher Bedenken außer Kraft.

Auf den ersten Blick irritiert die Entscheidung. Ziehen die Richter*innen die Grenze zulässiger Coronamaßnahmen, die zahlreiche Menschen an die Belastungsgrenze bringen und von diversen Gruppen gesellschaftliche Sonderopfer fordert, tatsächlich beim Datenschutz von Maskenverweiger*innen? Eine tiefergehende Analyse zeigt, dass der Beschluss differenzierter ist und Maßnahmen, mit denen Gefälligkeitsattesten vorgebeugt werden soll, nicht zwangsläufig entgegensteht.

Aber der Reihe nach...

Die Maskenverweigerung als Akt des Widerstands

Gegenstand des Verfahrens vor dem OVG war § 2 Abs. 2 S. 2 der brandenburgischen Coronaverordnung, die der Antragsteller außer Kraft setzen lassen wollte. Die Regelung führte der brandenburgische Ordnungsgeber erst am 18. Dezember 2020 durch die 3. SARS-CoV-2-EindV ein. Mit ihr wollte er dem Problem von Gefälligkeitsattesten begegnen, nachdem einige Fälle – freilich nicht nur in Brandenburg – [bekannt wurden](#).

Neben Bayern, wo eine äquivalente Regelung weiterhin gilt, war Brandenburg das einzige Bundesland, das hier einen Regelungsbedarf erkannte und in dem der Ordnungsgeber – wenn auch nur für kurze Zeit geltende – inhaltliche Anforderungen an Befreiungsatteste festsetzte.

Konkret konnte man sich nach der Neuregelung nur noch durch ein ärztliches Attest, das eine Diagnose sowie eine Begründung enthält, aus der hervorgeht, warum von der Maskenpflicht befreit wird, von der Maskenpflicht befreien.

In den übrigen Bundesländern (und zwischenzeitlich freilich auch wieder in Brandenburg) ist die Befreiung von der Maskenpflicht aus gesundheitlichen Gründen lediglich glaubhaft zu machen. Dafür reicht in der Regel ein ärztliches Attest aus, das feststellt, dass das Tragen einer Maske für den/die Betroffene/n aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist. Weitere Gründe müssen nicht angegeben werden.

Diese vergleichsweise geringen Anforderungen nutzen Gegner der Coronapolitik zum Teil aus, indem sie sich von politisch gleichgesinnten Ärzt*innen Gefälligkeitsatteste ausstellen lassen.

Obwohl wissenschaftlich nicht ernsthaft bestritten werden kann, dass durch eine Mund-Nasen-Bedeckung der Virus sich weniger schnell verbreitet, kritisieren Querdenker*innen und Co. die Maskenpflicht heftig.

Dabei verweisen sie auf unwissenschaftliche Ausführungen und deuten die Maskenpflicht um: Sie ist dann nicht mehr eine Maßnahme, mit der die Politik versucht, die Pandemie einzudämmen, sondern ein Symbol der Unterdrückung bzw. ein Maulkorb, mit dem die diktatorischen Züge in der Bundesrepublik bewiesen werden. Vor diesem Hintergrund werden Menschen, die sich weigern eine Maske zu tragen, zu „Widerstandskämpfer*innen“. Besonders viele „Widerstandskämpfer*innen“ zeigten sich (bis vor kurzem) auf den Demonstrationen der Querdenken-Bewegung, bei denen, trotz entsprechender Versammlungsaufgabe, kaum jemand eine Maske trug.

Einen Rechtsverstoß konnte man den Maskenverweiger*innen aufgrund der natürlich notwendigen aber eben leicht zu missbrauchenden Befreiungstatbeständen in den Coronaverordnungen häufig nicht machen bzw. einen entsprechenden Verstoß nicht nachweisen.

Der brandenburgische Ordnungsgeber hatte gefordert, dass Befreiungsatteste eine Diagnose und eine Begründung enthalten müssen. Damit wollte er die Hemmschwelle für Ärzt*innen anheben, Gefälligkeitsatteste auszustellen.

Der zugrundeliegende Gedanke war, dass Ärzt*innen, die eine bewusste und damit nach § 278 StGB strafbare falsche Diagnose stellen, wesentlich leichter überführt werden können, wenn die Diagnose im Attest aufgeführt ist.

Im Verfahren vor dem OVG erklärte die brandenburgische Regierung dementsprechend, dass man durch die Regelung sicherstellen wollte, dass „ärztliche Zeugnisse individuell ausgefertigt und nicht auf Vorrat vorgefertigt würden.“ Ansonsten könnte die Maskenpflicht unterlaufen werden. Dies unterlaufe den Infektionsschutz und sei deswegen nicht hinnehmbar.

Dass dies nicht nur eine unbelegte Hypothese ist, zeigen die vielen Fälle von Gefälligkeitsattesten, die publik wurden, ebenso wie ein Blick in die einschlägigen coronakritischen Gruppen auf *telegram*.

Zu dieser Gefahr tritt ein weiteres Problem hinzu, das im Verfahren vor dem OVG jedoch nicht berücksichtigt wurde: Es betrifft die Menschen, die in Einrichtungen mit Maskenpflicht aus gesundheitlichen Gründen tatsächlich keine Maske tragen können und denen man die gesundheitlichen Gründe, die sie von der Maskenpflicht befreien, nicht unmittelbar ansieht. Da viele Menschen davon ausgehen, dass man auch ohne gesundheitlichen Gründe ärztliche Befreiungsatteste erhält, stehen Menschen, die aus gesundheitlichen Gründen tatsächlich keine Maske tragen können, häufig zu Unrecht unter Generalverdacht, die Maske aus politischen Gründen abzulehnen oder Corona zu leugnen. Auch vor diesem Hintergrund sollte man Gefälligkeitsattesten vorbeugen. Um den Generalverdacht zu entkräften, muss die Politik (öffentlichkeitswirksamen) klarstellen, dass nicht jede*r, der/die eine entsprechende politische Agenda verfolgt, einen Befreiungsattest erhält, sondern Ärzte die gesundheitlichen Gründe, die von der Maskenpflicht befreien, tatsächlich prüfen.

Gesundheitsatteste und informationelle Selbstbestimmung

Eine Regelung wie die brandenburgische, nach der Befreiungsatteste eine Diagnose enthalten müssen, greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen ein. Zumindest greift sie in das Recht derjenigen ein, die sich von der Maskenpflicht aus gesundheitlichen Gründen befreien lassen müssen. (Personen, die gesundheitliche Gründe vorschieben, sich tatsächlich aber aus politischen Gründen befreien lassen, sind hingegen nicht betroffen, da der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht den Schutz unrichtiger persönlicher Daten umfasst). Zu beachten ist hier, dass durch die Diagnose besonders schutzwürdige Daten offengelegt werden. Gesundheitliche Gründe, die von der Maskenpflicht befreien, sind schließlich nicht nur Atemwegserkrankungen (diese offenzulegen ist vermeintlich unproblematisch). Denn auch aufgrund psychische Probleme, die auf traumatisierende Gewalterfahrungen zurückgeführt werden können, kann die Maskenpflicht für den Einzelnen unzumutbar sein.

Bei dem Rechtsstreit vor dem OVG Brandenburg handelte es sich um ein Eilverfahren (§ 46 Abs. 6 VwGO). Dabei hat der Senat die streitige Regelung weder aufgehoben, noch hat er ihre Rechtswidrigkeit festgestellt. Vielmehr hat er, nach summarischer Prüfung, die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren als offen eingeschätzt. Er hat die Regelung lediglich deshalb außer Kraft gesetzt, weil für ihn die negativen Folgen für den Antragsteller, wenn die Regelung weiterhin gilt, die negativen Folgen für die brandenburgischen Regierung, wenn die Regelung zeitweise außer Kraft gesetzt wird, überwogen.

Sowohl bei der summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache als auch bei der Folgenabwägung war das Recht auf informationelle Selbstbestimmung relevant.

So hielt es der Senat bereits für fraglich, ob das Infektionsschutzgesetz als Rechtsgrundlage genügt, um in die datenschutzrechtliche Freiheit einzugreifen.

Weiter wies der Senat darauf hin, dass die verschiedenen Stellen, denen der Antragsteller die Diagnose seiner Krankheit im Alltag offenbaren muss (ÖPNV, Einzelhandel, Arbeitsstätte etc.), nicht verpflichtet seien, die erhobenen Gesundheitsdaten für sich zu behalten. Daher sei nicht sichergestellt, dass nicht bald das halbe Dorf des Antragstellers wisse, an welcher Krankheit er leidet. Dies war entscheidend für den Entschluss, die Regelung außer Kraft zu setzen.

Der Senat wies explizit daraufhin, dass die Coronaverordnung die entsprechenden Stellen nicht verpflichtet, über die erhobenen Daten zu schweigen. Implizit heißt dies, dass § 2 Abs. 2 S. 2 mittelfristig fortbestehen könnte, wenn man die Stellen entsprechend verpflichtet.

Sicher ist das jedoch nicht. Die Frage der Rechtsgrundlage für den Grundrechtseingriff bleibt für das OVG auch dann offen, wenn man die entsprechenden Stellen verpflichtet, die erhobenen Daten nicht weiterzugeben. Hier müsste ggf. der Bundesgesetzgeber nachbessern.

Somit zeigt sich, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Maßnahmen nach brandenburgischen Vorbild nicht per se entgegensteht. (Das wäre bei Blick auf die Sonderopfer, die derzeit u.a. Kulturschaffende und Eltern mit zu betreuenden Kindern zu erbringen haben, auch nicht nachvollziehbar gewesen.) Vielmehr hat der Senat hat den Einzelfall abgewogen und den brandenburgischen Verordnungsgeber dazu aufgefordert, seine Regelung beim Datenschutz nachzubessern.

Zur Zukunft von Gefälligkeitsattesten

Wie es mit der brandenburgischen Regelung jetzt weitergeht, ist ungewiss. Sofern der brandenburgische Verordnungsgeber nicht nachbessert, wird sie der Senat im Hauptsacheverfahren wahrscheinlich aufheben.

Andere Verordnungsgeber sind jedoch gut beraten, den Beschluss nicht falsch zu interpretieren. Er gibt keinen Anlass dazu, sich im Kampf gegen die elendige Praxis der Gefälligkeitsatteste vorschnell von solchen Maßnahmen zu verabschieden. Das gilt unabhängig davon, dass der Beschluss (natürlich) nur den brandenburgischen Verordnungsgeber bindet. Der Senat forderte die brandenburgische Regierung lediglich dazu auf, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung stärker zu berücksichtigen. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass Coronaverordnungen keine inhaltlichen Anforderungen an ärztliche Befreiungsatteste enthalten dürfen.